

**KONTINENTALNA TEORIJA PRAVA U 20. STOLJEĆU
PRIKAZ KNJIGE:
ENRICO PATTARO I CORRADO ROVERSI (UR.),
*LEGAL PHILOSOPHY IN THE TWENTIETH CENTURY:
THE CIVIL LAW WORLD*, SPRINGER, 2016.
UDK: 340.114(4)“19“(048.1)**

1. UVOD

Teorija prava nastala je u drugoj polovici 19. stoljeća odvajanjem od opće filozofije i pravne znanosti. Povijesni prikazi pravaca razmišljanja, metodoloških pristupa, utjecaja filozofskih ideja i rasprava oko spornih pitanja koji su obilježili razvoj ove znanstvene discipline mogu doprinijeti njezinu boljem razumijevanju. Pregledi trendova koji obilježavaju njezin suvremeni razvoj mogu doprinijeti lakšem definiranju teorijskih i praktičnih problema današnjeg prava. Oba doprinosa uspješno su ostvarena u djelu *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World* (dalje u tekstu: LP), čiji su urednici Enrico Pattaro i Corrado Roversi. Ovaj dvanaesti pothvat iz teorije prava izdavač Springer objavio je 2016. godine.

Prikaz kontinentalne teorije prava 20. stoljeća podijeljen je u dvije knjige. Prva opisuje njezin razvoj u različitim državama kontinentalne Europe i Latinske Amerike, uključujući i prikaz hrvatske teorije prava.¹ U drugoj knjizi najprije je u trima zasebnim dijelovima prikazan razvoj prirodnopravne teorije, pravnog pozitivizma i pravnog realizma, a neokonstitucionalistička teorija obrađena je u sklopu prikaza prirodnopravne i pozitivnopravne teorije. Nakon prikaza navedenih pravaca četvrti dio posvećen je teorijama o pravnom rasuđivanju i pravnoj logici.

¹ Padjen, I., *Croatian Legal Philosophy and General Jurisprudence in the 20th Century* u: LP, I. tom, str. 662.

2. PRIRODNOPRAVNE TEORIJE

U uvodu Francesco Viola daje širok okvir kojim se pod nazivnik prirodnopravne teorije može podvesti niz teorija ili njihovih dijelova. U takav okvir ulaze ne samo teorije koje se bave pitanjem postojanja prava koje nije stvoreno od čovjeka nego i skromnije varijante koje se bave postojanjem nekih pravnih elemenata u pozitivnom pravu koje nije postavio čovjek.² Nadalje, Violin okvir obuhvaća teorije koje sadržavaju barem neke od sljedećih tvrdnji: a) pravo se mora opisati u praktičnom smislu kao razlog za djelovanje; b) sadržaj prava ne može se utvrditi bez pogleda na ljudsku prirodu; c) teorija prava implicira vrijednosne sudove sa spoznajnim sadržajem; d) pravo i moral nužno su povezani; e) prirodno pravo ima pravni karakter. S obzirom na broj prihvaćenih teza, mogu se razlikovati jače i slabije teorije prirodnog prava.³

Povratak prirodnopravnih teorija u 20. stoljeću Viola dijeli na tri razdoblja: početkom stoljeća, nakon Drugog svjetskog rata te u posljednja dva desetljeća 20. stoljeća. Prvi povratak rezultat je nezadovoljstva pravnim pozitivizmom 19. stoljeća, koji je proveo strogo odvajanje pravnog od ostalih područja zane-marujući moralne ideale i društveni temelj prava. Drugi povratak rezultat je ozbiljnih kršenja ljudskih prava koja su bila dopuštena ili barem nisu spriječena pozitivnim pravom. Treći povratak u obliku neokonstitucionalizma posljedica je posebnog mjesta koje su ljudska prava zauzela unutar ustavnih poredaka, što je promijenilo i samo shvaćanje pozitivnog prava. Taj posljednji povratak prirodnog prava često je nerazdvojiv od krize same pozitivnopravne teorije.⁴

Prikaz kontinentalnih prirodnopravnih teorija 20. stoljeća obuhvaća: 1) katoličku prirodnopravnu teoriju; 2) neokantovsku filozofiju prava i filozofiju kulture (pravo i vrijednosti); 3) antiformalističke teorije (sociološka jurisprudencija, institucionalizam, jurisprudencijski antiformalizam, slobodnopravni pokret, jurisprudencija interesa, fenomenologija prava); 4) doktrinu prirode stvari (filozofija prava kao iskustvo, egzistencijalistička filozofija prava, hermeneutička filozofija prava, priroda stvari u konkretnim pravnim situacijama) i 5) neokonstitucionalističke teorije prava.⁵

² Viola, F., *Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century* u: LP, II. tom, str. 3.

³ *Ibid.*, str. 4.

⁴ *Ibid.*, str. 5.

⁵ Nakon Violina uvodnog prikaza slijedi pregled prirodnopravnih teorija u Njemačkoj, Francuskoj, Španjolskoj, Italiji, Mađarskoj i Latinskoj Americi; LP, II. tom, str. 91 – 177.

3. PRAVNI POZITIVIZAM

U svojem uvodu Mauro Barberis ističe da je kontinentalna tradicija pravnog pozitivizma nastala u vrijeme velikih kodifikacija kao suprotnost prirodnopravnim teorijama. Suprotnost se očituje u pravnom nasuprot filozofskom i spoznajnom nasuprot normativnom pristupu.⁶

Barberis razlikuje tri faze razvoja pravnog pozitivizma. Prva faza počela je početkom 19. stoljeća nastankom 'zakonodavne države' koja se razlikuje od prethodnih partikularnih *ius commune* sustava i naknadno nastale 'ustavne države'. Od prvih se razlikuje prema svojoj formalnoj doktrini pravnih izvora, a od druge prema tome što je zakonodavstvo predstavljalo glavni izvor prava.⁷ Različite nacionalne doktrine izvora prava predmet su izučavanja 'tehničkog pozitivizma' u koji pripadaju egzegetska i povijesnopravna škola. Na njegovoj podlozi nastaje 'teorijski pozitivizam' u Engleskoj i Njemačkoj, koji se općom prirodom svojih teorija o pravu odmiče od nacionalnih pravnih dogmatika. Pod 'teorijski pozitivizam' ovog razdoblja Barberis svrstava teorije koje sadržavaju neke od sljedećih teza: a) nema prava izvan pozitivnog prava; b) pozitivno pravo služi upravljanju ponašanjem pomoću zapovijedi ili normi praćenih sankcijama; c) pravne norme stvorene su od države i deduktivno primjenjive od sudaca; d) pravo je uređen sustav normi; e) pravni sustav ima obilježja jedinstvenosti, koherentnosti i potpunosti; f) pravna dogmatika izvorna je znanost o pravu. Tako definiran 'teorijski pozitivizam' uskoro je etiketiran kao 'pravni formalizam' zbog apstrahiranja od različitih sadržaja prava te zbog zanemarivanja uloge sudaca u stvaranju prava, pri čemu od ovog posljednjeg treba izuzeti čistu teoriju prava i institucionalističke teorije.⁸ Uslijedila je kritika od strane novih prirodnopravnih teorija i antiformalističkih teorija u koje Barberis ubraja jurisprudenciju interesa, slobodnopravni pokret, sociologiju prava te skandinavski i američki pravni realizam.

U drugoj fazi pravni se pozitivizam ponovno našao u krizi. Ovaj put predmetom napada nije bila neka spoznajna teza o pravu, nego normativna teza 'ideološkog pravnog pozitivizma' prema kojoj je pravo moralno obvezujuće te ga građani moraju poštovati i suci primjenjivati. Promjenu pozitivističke teorije Barberis vidi u Hartovu opisu 'teze razdvajanja prava i morala', prema kojoj veza između njih može postojati samo kao empirijska i kontingentna, a ne kao nužna. Prema takvom 'metodološkom pozitivizmu' pravo se može identificirati i

⁶ Barberis, M., *Introduction: Legal Positivism in the 20th Century* u: LP, II. tom, str. 181.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, str. 183.

spoznati bez pribjegavanja moralnom vrednovanju. Hartovom tezom preformuliran odnos morala i prava otvorio je prostor za rasprave između teoretičara koji su se bavili normativnom filozofijom pravednosti i teoretičara koji su razvijali spoznajne teorije prava. Najveći doprinos raspravi uslijedio je iz država koje su imale iskustvo vojnih diktatura ili totalitarizama u 20. stoljeću poput Njemačke, Italije, Španjolske i Argentine.⁹

U trećoj fazi nastavlja se rasprava o pravu i moralu, ali sada kroz suprotstavljanje pravnih pozitivista i neokonstitucionalista u svjetlu novog europskog kulturološkog i institucionalnog konteksta koji je obilježen pomakom od zakonodavne prema ustavnoj državi. Razlika nastaje između pravnih pozitivista, koji u ustavnim načelima vide pozitivizaciju moralnih vrijednosti, i neokonstitucionalista, koji u njima vide potvrdu za staru tezu o vezi između prava i morala. Uz to dolazi do promjene interesa istraživanja od normi i pravnih sustava prema pravnom argumentiranju i tumačenju.¹⁰

Neokonstitucionalizam se razvio pod utjecajem Dworkinove kritike pravnog pozitivizma najprije pomoću kategorije moralnih načela, a zatim kategorijama moralno-pravne integracije kroz tumačenje prava. Tu zasebnu pravnu teoriju razvili su prije svega njemački, talijanski, španjolski i latinoamerički teoretičari koji su temi inkorporiranja morala u pravo pristupili na jedan od sljedećih načina: a) teorijom o spajanju prava i morala kroz ustav, b) teorijom normi koja je značajno složenija od izvornih zapovjednih teorija, c) teorijom pravnog sustava koja je pod utjecajem europskih integracija te d) teorijom tumačenja koja je naklonjena moralnom razumijevanju ustava.¹¹

U okviru prikaza pravnog pozitivizma među ostalim su obrađeni: 1) Kelsenov pravni pozitivizam; 2) pravni institucionalizam; 3) rasprava o odnosu politike i prava; 4) Radbruchova teorija o odnosu prava i morala; 5) talijanski i francuski pozitivizam (Bobbio, Scarpelli, Jori, Troper); 6) neokonstitucionalistički izazovi pozitivizmu (Garzón Valdés, Nino, Habermas, Alexy, Ferrajoli, Zagrebelsky) te 7) odgovor pravnog pozitivizma na izazove neokonstitucionalizma (Bulygin, Alchourrón, Moreso, Bayón, Rodríguez).

4. PRAVNI REALIZAM

U uvodu trećeg dijela o kontinentalnom psihološkom realizmu Edoardo Fittipaldi izlaže njegove temeljne postavke: a) fizički monistički realizam; b)

⁹ *Ibid.*, str. 182.

¹⁰ *Ibid.*, str. 184.

¹¹ *Ibid.*, str. 185.

razlikovanje između unutarnje (logičke) i vanjske (efektivne) stvarnosti; c) korespondencijska teorija istine; d) razlika između pojma i kriterija istinitosti; e) protivljenje redukciji normativnog na lingvistički fenomen ili na fenomen vanjskog ponašanja; f) zahtjev za detaljnim uzročnim objašnjenjima na temelju empirijskih nomoloških pravilnosti koji se pokazuje i kao sklonost da se performativi i jezik koriste kao objašnjavajući prečaci; g) objašnjenje pravnog fenomena barem djelomično pojmovima moralnog fenomena koji se u krajnjem slučaju svodi na fizički fenomen; h) prikaz tradicionalnog pravnog mišljenja kao naivnog; i) tvrdnja da normativni i pravnodogmatski iskazi ne mogu biti istiniti nego ispravni; j) antropološki orijentirano istraživanje tradicionalnog i naivnog pravnog mišljenja.¹²

Fittipaldi u prikazu ovih postavki polazi od najšireg značenja realizma prema kojem subjekt pretpostavlja da neki objekt postoji neovisno o trenutnom iskustvu o njemu. Pri tome kontinentalni realisti smatraju da neovisno postojanje ne postoji za matematičke i jezične objekte, moralne vrijednosti, norme, deontičke ili institucionalne objekte.¹³ Oni prihvaćaju tezu o neovisnom postojanju samo fizičkih i psihičkih objekata, pri čemu se ovi drugi u krajnjoj liniji svode na prve. Ipak to ne znači da se psihički objekti mogu neposredno svesti na neurologiju, već, suprotno tome, imaju vlastita pravila i organizaciju.¹⁴ Prema ovakvoj verziji monističke teorije koja smatra da osim fizičkih postoje i psihički objekti u ljudskom mozgu, psihološki realizam razlikuje se od američkog realizma. Suprotno monističkoj ontologiji realista, Kelsen je smatrao da norme pripadaju posebnoj sferi. Fittipaldi smatra da dualistička ontologija prevladava u tradiciji kontinentalnog prava, a tragovi se mogu naći i u anglosaksonskoj tradiciji (primjerice kod Hohfelda). Polazeći od monističke ontologije, kontinentalni realisti prilikom spoznaje prava upotrebljavaju uzročna objašnjenja, deterministička ili probabilistička, odbijajući objašnjavati objekte upućivanjem na njihove navodne logičke oblike, što je karakteristično za neke pozitiviste.¹⁵

Kontinentalni realizam smatra da se norme i deontički objekti poput subjektivnog prava, vlasti i obveze ne mogu svesti na ponašanje. To su psihološki fenomeni unutar subjekta koji se iskustveno doživljavaju i na njih se jezično referira kao da su nešto izvanjsko i neovisno o subjektu.¹⁶ Na ovaj način psiho-

¹² Fittipaldi, E., *Introduction: Continental Legal Realism* u: LP, II. tom, str. 318.

¹³ *Ibid.*, str. 299.

¹⁴ *Ibid.*, str. 301.

¹⁵ *Ibid.*, str. 300.

¹⁶ Petrażycki opisuje norme kao sadržaj etičkih sudova u smislu psihičkih akata koji nisu nužno i jezični akti. Hägerström smatra da su norme psihološki fenomen kao

loški se realizam razlikuje od američkog realizma koji pravni fenomen svodi na ponašanje podložno vanjskom promatranju i od analitičkih teorija koje reduciraju pravni fenomen i svode ga na jezične entitete.¹⁷ Prema analitičkim teorijama ako se pravni fenomen mora reducirati na nešto opazivo kao što je izgovorena ili napisana riječ onda se riječi ne mogu objašnjavati pojmovima psiholoških fenomena jer oni nisu opazivi.¹⁸ Odbijanje kontinentalnih realista da pravo svedu na jezik vidljivo je i u njihovu stavu prema performativima, odbacujući tezu da je riječima moguće proizvoditi stvari i događaje.¹⁹

Umjesto tvrdnji o istini, realisti su skloniji tvrdnjama o ispravnosti deskriptivnih pravnodogmatskih iskaza. Prema Karlu Olivecroni, ovakva ispravnost ne može se empirijski potvrditi, već se iskazi mogu prosuđivati kao ispravni ili neispravni s obzirom na pravila.²⁰ Pojam istine ne može se reducirati na testiranje ispunjenosti istinitih uvjeta kao što to radi logički pozitivizam, pragmatizam ili instrumentalizam, već je potrebno prethodno odrediti pojam istine kao suda koji je posljedica procesa u subjektu, a tek onda pristupiti testu kojim se provjerava odgovara li takav sud vanjskoj stvarnosti.²¹

Prikaz skandinavskog pravnog realizma obuhvaća rad Hägerströma, Olivecrona, Lundstedta, Rossa, Strömberga, Ekelöfa i Hedeniusa. Uz skandinavski realizam prikazana je i poljsko-ruska škola realizma zasnovana na teoriji Petrażyckog (Poljska) i njegovih učenika, Landea (rođen u Estoniji) i Lazersona (rođen u Latviji), kao i teorija Znamierowskog (Poljska).

5. PRAVNO RASUĐIVANJE

U uvodu o pravnom rasuđivanju Pierluigi Chiassoni i Eveline Feteris opisuju značenje pravnog tumačenja. S jedne strane, ono se odnosi na proces u mislima sudaca, pravnih znanstvenika, odvjetnika i drugih, dok s druge označava rezultat takvog procesa.²² 'Tumačenje kao proces' bavi se pravnim materijalima za rješavanje pravnih problema i međuljudskih konflikata, a kao takvo može imati dva značenja. Tumačenje u užem smislu naziva se 'tekstualnim tumačenjem',

stanje svijesti o dužnosti koje je rezultat predstavljanja i konativne (voljne) emocije. *Ibid.*, str. 303.

¹⁷ *Ibid.*, str. 309.

¹⁸ *Ibid.*, str. 304 i 309.

¹⁹ *Ibid.*, str. 310.

²⁰ *Ibid.*, str. 315.

²¹ *Ibid.*, str. 317.

²² Chiassoni, P.; Feteris, E., *A note on terminology and purpose* u: LP, II. tom, str. 561.

a odnosi se na aktivnost tumačenja teksta utvrđivanjem značenja normativnih formulacija (odredbi) prevodeći ih u jednu ili više izraženih normi koje se može kontekstualno opravdati ili je potencijalno sposobno biti opravdano kao ispravno značenje odredbe.²³ Tumačenje u širem smislu, koje autori nazivaju 'metatekstualnim tumačenjem', također se odnosi na tekstualno tumačenje, ali uključuje i neke druge elemente: a) kvalificiranje prethodno identificiranih normi kao pravila, načela, iznimke i opće klauzule, b) popunjavanje praznina, c) rješavanje antinomija i d) neku doktrinu sistematizacije normativnih skupova.

Iz aspekta 'tumačenja kao rezultata procesa', tumačenje ne uključuje samo eksplicitno značenje odredbe nego i argumente za njegovo opravdanje. Prema tome, Chisassoni i Feteris smatraju da postoji pojmovna veza između utvrđivanja značenja odredbe i stvarnog ili potencijalnog opravdanja koje nije ni slučajno ni arbitrarno.²⁴ "Igra 'tekstualnog tumačenja' je praktična. I ljudi očekuju, a često imaju i subjektivno pravo očekivati da tumači pruže dobre razloge za svoje tumačenijske tvrdnje [...]."²⁵ Autori smatraju da su teorijski gledano takve tvrdnje relativne jer ovise o tumačenjskom okviru koji tumač odabire i kojemu je predan. Ovaj okvir sastoji se od odabranih: a) autoritativnih pravnih materijala, b) pravila ili kanona tumačenja, c) sredstava tumačenja kao što su rječnici, prošlost, pripremni materijali, sudski slučajevi i znanstveni radovi i d) vrijednosti koje primjerice proizlaze iz svjetonazora o pravu, tumačenju, pravosuđenju, ispravnoj ulozi suca i pravnika.²⁶ Kad se pravnici bave pravnim tumačenjem, oni, prema Chiassoniju i Feteris, provode jedan ili više od sedam zadataka koji mogu biti deskriptivni, preskriptivni, definirajući, analitički i tehnički.²⁷

Nakon uvodnih razjašnjenja pojma tumačenja slijedi prikaz teorija o pravnom rasuđivanju od sredine 19. do kraja 20. stoljeća. Nakon faze tumačenjskog kognitivizma u teorijama 19. stoljeća (Savigny, rani Jhering, Windscheid), koje su prije svega povezane s egzegetskom školom, uslijedile su antiformalističke teorije tumačenja krajem 19. i početkom 20. stoljeća (Gény i znanstvena škola, slobodnopravni pokret, jurisprudencija interesa, čista teorija prava). U drugoj polovici 20. stoljeća nastaju daljnje promjene značajne za teorije pravnog rasuđivanja: 1) teorijska i metodološka revolucija od sredine 20. stoljeća vidljiva je u teorijama retorike, topike i hermeneutike (Perelman, Viehweg, Betti, H. G. Gadamer, Esser); 2) analitički preokret u teoriji prava od sredine 20. stoljeća

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, str. 562.

²⁷ *Ibid.*, str. 563.

odražava se u primjeni analitičke filozofije na pravno rasuđivanje (Bobbio, Ross, Alchourrón, Bulygin, Wroblewski, Tarello, Guastini); 3) posebno od 70-ih godina 20. stoljeća nastaju teorije usmjerene na racionalnu rekonstrukciju procesa argumentacije (MacCromick, Habermas, Alexy, Peczenik, pragmatijalektičko tumačenje); 4) razvoj pravne logike koji utječe na analizu pravnog rasuđivanja ulazi u treću fazu.

6. ZAKLJUČAK

Prema ovom prikazu možemo zaključiti da postoji nekoliko trendova u razvoju kontinentalne teorije prava u 20. stoljeću. Neokonstitucionalizam se javlja kao teorija između prirodnopravne teorije u širem smislu i pravnog pozitivizma, a usmjerena je na objašnjenje i/ili opravdanje 'ustavne države'. Možemo dodati da događaji u nekim europskim državama poput Poljske i Mađarske upućuju na mogući povratak 'zakonodavnoj državi' u praksi. 'Teorijski pozitivizam' morao je promijeniti objekt proučavanja, a metodološki je pod snažnim utjecajem analitičkog pristupa i psihološkog realizma. Navedeni trendovi odražavaju se na teorije pravnog rasuđivanja i pravne logike. Uz to, u ovim se područjima razvijaju teorije o racionalizaciji postupka pravnog rasuđivanja te teorije koje izučavaju normativni sustav kroz kategorije uvjeta i posljedica sa sve većim apstrahiranjem prema "specifikaciji umjetnih normativnih sustava u području umjetne inteligencije".²⁸

*Doc. dr. sc. Mario Krešić**

²⁸ Grossi, D.; Rotolo, A., *Recent developments in Legal Logic* u: LP, II. tom, str. 746 – 747.

* Dr. sc. Mario Krešić, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, Zagreb; mario.kresic@pravo.hr;
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0014-4157